

## 予備罪の諸問題

著者	今上 益雄
著者別名	M. Imagami
雑誌名	東洋法学
巻	25
号	1
ページ	p119-145
発行年	1981-11
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00006014/">http://id.nii.ac.jp/1060/00006014/</a>

# 予備罪の諸問題

今 上 益 雄

## 目 次

- 一 問題の所在
- 二 予備罪の法的性格
- 三 予備罪の中止
- 四 予備罪と共犯

## 一 問題の所在

刑法上、予備が処罰される場合はきわめて例外であり、専ら刑法各本条において法定刑を含めて個別的に規定しているのみである。

すなわち、刑法が予備を処罰するのは、内乱罪（七八条）、外患罪（八八条）、私戦（九三条）、建造物等放火罪（一三条）、通貨偽造罪（一五三条）、殺人罪（二〇一条）、身代金目的誘拐罪（二二八条ノ三）、強盗罪（二三七条）の

八つの犯罪類型にかぎられているが、これらのうち、殺人予備、強盜予備、放火予備以外の予備罪の規定が適用されるのはまれである。いずれにせよ、予備罪は侵害される法益の重大性のゆえに実行行為に到らぬうちに未然に防止しようという立法意図が最大限に働き、予備行為の態様も無定型、無限定である。たとえば、現実に予備の処罰がしばしば問題となる前記三つの予備罪について、予備罪を構成するのは、次のような場合である。

(一) 殺人予備罪 本罪は、殺人の実行を可能にし、または容易にする準備行為である。判例によれば、他人を殺害する目的で刺身包丁を携えて被害者宅に侵入し、被害者の姿を探し求めて屋内を通り歩いた行為<sup>(2)</sup>、他人から殺人の用に供するための青酸カリの調達入手方の依頼を受け、これを入手してその他人に手交する行為<sup>(3)</sup>、殺人を意図して被害者等の日常通行する農道の道端に毒入りジュースを置く行為<sup>(4)</sup>等は、いずれも本罪に該当するとされている。このように、およそ、殺人に役立つ行為は、それが殺人の準備行為として行われたかぎり、本罪を構成し、殺人予備の行為の態様は、無定型、無限定である。

(二) 強盜予備罪 強盜の実行を決意し、その着手を準備する犯罪であるが、判例上、強盜予備として処罰された事例は、おもに、兇器を準備のうえ、犯行現場を徘徊する事案に関するものである<sup>(5)</sup>。強盜を計画し被害者宅へ兇器を携行して赴き、表戸を叩き家人を起こす等の行為をした事例<sup>(6)</sup>、金品の強奪（辻強盜）を共謀し、出刃包丁、刺身包丁、ジャックナイフ、懐中電灯を買い求め、これを携行して徘徊した事例<sup>(7)</sup>、進行中の貨物自動車を襲撃して運転者等に暴行、脅迫を加え積荷を強奪する計画で、ピストルを携行し国道を通行する貨物自動車を物色しながら徘徊した事例<sup>(8)</sup>等につき、それぞれ強盜の予備の成立を認め、押込強盜をする意思で、兇器をたずさえて目的地に出発したときは、強

盜予備罪の成立があり、目的地に到着したことまたは到達後強盜の機会をうかがうことは必要でないとするものがある。<sup>(9)</sup> 強盜予備の成立には、強盜実行の決意が外部的に表現されるに足りる行為があればよいわけであり、<sup>(10)</sup> ここでもまた、予備行為の態様は非定型である。

(三) 建造物等放火予備罪 一〇八条、一〇九条一項の罪の予備は、とくにその危険性が大きいことから、予備の段階で可罰的とされたものである。放火の実行の意思と、その意思を実行に移す準備としての外部的行為、たとえば放火用に供すべき点火材料・発火装置を収集・作成する等の行為をなす場合がこれに該当するが、その準備としての外部的行為は、無定型・無限定である。

刑法は予備についてとくに定義規定を置いていないから、その言葉自体からその内容を明らかにするほかはないが、右にみてきたように、予備罪の規定は、一般に行為内容が無定型・無限定であり、行為の態様によって処罰の範囲を劃することはほとんど不可能である。<sup>(11)</sup> このような特質を有する予備罪において、最も問題となるのは、刑法総則の中で、「犯罪ノ実行」を前提として適用されるような規定、たとえば未遂犯・中止犯に関する四三条や、共犯に関する六〇条以下の規定が、本質的に実行行為前の行為であるところの予備罪に適用されるかということにあるから、刑法の保障原則との調整をどのように図らなければならないか、ということが問題の核心をなす。

これらは、もともと実務で問題となったものが学説の発展に影響を与えた顕著な分野であるから、本稿では若干の判例を検討しながら、いささかの私見を述べようとするものである。それには、問題解明の前提として、まず予備罪の法的性格を明らかにすることからはじめなければならないのであろう。

- (1) 現行法上の予備罪の範囲については、学説は必ずしも一致しているわけではない。学説は、(1)本稿のような立場のほか、(2)私戦予備罪を除く立場、(3)兇器準備集合罪・結集罪(二〇八条ノ二)を含める立場、さらに(4)逃走援助罪(二〇〇条)、多衆不解散罪(一〇七条)、溢水危険罪(二三三条後段)、往来危険罪(二二五条)をも予備罪に含める立場に大別される(斎藤誠「予備罪の研究」〔昭和四十六年〕六四―六五頁参照。本稿では、規定の形式と、私戦予備罪の行為は、処罰されはしないが観念的に考えられる私戦そのものとの関連でしかその実体、範囲を確定することができないものであるため、予備罪のグループにとどめておくのが便宜と考え、(1)の見解に従った。なお、西原春夫「刑法総論」〔昭和五二年〕二六九頁参照。

- (2) 神戸地姫路支判昭和三四年一月二七日下午級刑集一卷一―号二四九六頁。  
 (3) 名古屋高判昭和三六年一月二七日下午級刑集一四卷九号六三五頁。  
 (4) 宇都宮地判昭和四〇年一月九日下午級刑集七卷一二号二一八九頁。  
 (5) 藤木英雄「強盗予備罪」団藤重光編、注釈刑法六(昭和四一年)一〇八頁。  
 (6) 最判(大法)昭和二十九年一月二〇日刑集八卷一―号四一頁。  
 (7) 最判昭和二十四年一月二四日刑集三卷一二号二〇八八頁。  
 (8) 名古屋高金沢支判昭和三〇年三月一七日裁判特報二卷六号一五六頁。  
 (9) 最判昭和二十四年九月二九日判例体系三五卷一―号四一頁。  
 (10) 判例上、単に強盗目的で兇器を用意したり、侵入方法等の企画立案のみの事実で強盗の予備とした例が乏しいのは、実務処理上、強盗の目的が具体的に存在したかどうかの特定が困難であるとの理由に基づくにすぎない(藤木英雄「前掲書」一〇九頁参照)。

- (11) 通貨偽造準備罪のみは、通貨の偽造・変造の予備のうち、器械・原料の準備という特定の行為のみを処罰する趣旨であり、行為が限定されている点で、他の予備罪と著しく性格を異にする。

## 二 予備罪の法的性格

予備とは、犯罪の実行行為前の準備行為という意味で、一方で同じ性格を有する陰謀と区別され、他方で実行行為そのものと区別される。したがって、予備罪の法的性格を明らかにするためには、この二つの方向から考察することが必要である。

一 予備と陰謀の区別 予備と陰謀が概念的に区別されることは、内乱罪（七八条）、外患罪（八八条）、私戦（九三条）の三つの犯罪類型が「予備又ハ陰謀」を並べて処罰していることから明らかであるが、予備と陰謀の区別をどこに求めるかについては、学説は二つに分かれる。

第一は、陰謀もまた予備の一種であるとする説であり、第二は、陰謀は予備に先行する犯罪発展の一段階であるとする説である。<sup>(2)</sup>

第一説は、陰謀が単なる主観的な意思の疎通ではなく、ある程度外部的、客観的な行為を伴うものだとなれば、それは犯罪実現を共同して準備する行為、すなわち予備行為にほかならないという認識から出発する。

そして、この説に立脚した場合、実行の着手前に二人以上の者の間に成立する一定の犯罪を実行するための謀議を陰謀とし、実行着手前の一切の準備行為から陰謀を控除したものを予備と考えることになる。

この問題を考える場合、現行法が予備と陰謀の両者を処罰する場合と予備のみを処罰する場合とを明確に区別していることを看過してはならない。

たとえば、建造物等放火予備罪（一一三条）等のように、予備を処罰し陰謀の処罰規定を欠く場合、陰謀もまた予備の一種であるとする論理により、放火の陰謀を放火予備罪の規定で処罰することが可能であるとすれば、それは明らかに現行法の精神に反する。また、これらの犯罪の場合には陰謀を控除したところの予備行為だけが処罰されるとすれば、それはもはや陰謀を予備の一種と考えることにはならず、両者を対立物として扱っていることにほかならない。<sup>(3)</sup>そして、陰謀を予備の一種と断定するなら、現行法もまた予備の処罰規定さえおけば足り、内乱罪（七八条）等に見られるように、予備とは別に陰謀罪の処罰規定を特におく必要もないわけであり、第一説を採ることができず、通説のように第二説が正しいというべきである。もっとも、第二説のように陰謀とは予備の前段階であると解しても、なお陰謀と予備とは何によって区別されるのかという課題は残される。

判例は、破防法三九条、四〇条の殺人・騒擾の陰謀につき、「二人以上のものが、これらの罪を実行する目的で、その実現の場所、時期、手段、方法等について具体的な内容をもった合意に達し、かつこれにつき明白かつ、現在の危険が認められる場合をいうと解するが、明白かつ現在の危険を伴う陰謀とは、その目的とする犯罪が、すぐに単なる研究討議の対象としての域を脱し、きわめて近い将来に実行に移され、または移されうような緊迫した状況にあるときと解される。このような状況の存否は、陰謀の対象とされている犯罪の種類、性質、陰謀の内容の具体性の程度、陰謀の時期と計画実行の時期との関係、陰謀者の数と性格、その実行の決定の強弱、陰謀が行われる際の社会情勢等を考慮し、総合的に判断して決するほかはない。」<sup>(4)</sup>として、予備と比較して、外部的・客観的なあらわれ方の少ない陰謀の範囲を限定しようとする努力をしているが、これによるも陰謀と予備の限界づけは明らかではない。たしか

に、陰謀はそれが独立に処罰される以上、単なる合意だけでは足りず、客観的な謀議行為までが必要であるが、「実行」に移す可能性と危険性という点では、この判例のように、予備と何ら相違するところがない。

そして、通貨偽造準備罪（一五三条）のように、予備行為の類型が限定されているのなら格別、そうした制約のない他の予備についてまで当然に物的準備行為に限るといえるかは疑問であり、予備は主として物的手段による実行の準備とはいえるが、結局のところ、両者の差は陰謀が予備の前段階であるだけに程度の差に求める以外に方法はなくなつてこよう。<sup>(6)</sup>

二 予備行為と実行行為の関係 予備は実行行為に先立ってこれを準備する行為であるから、次に予備行為と実行行為の内容が問題となる。この問題は、後述するように、予備罪の中止犯・共犯が認められるかどうかの問題に密接に関わりあいをもっているのであるが、この点に関しても見解が分かれる。

第一は、予備罪を基本犯たる犯罪の発現形態ないし構成要件の修正形式として把握する見解（発現形態説<sup>(6)</sup>）であり、第二は、一種の独立罪とする見解（独立罪説<sup>(7)</sup>）であり、第三は、各種の予備罪を何らかの基準で右の両者は分かつ見解（二分説）である。<sup>(8)</sup>

まず、第一の発現形態ないし構成要件修正形式説は、構成要件論の立場から、予備罪はすべて、未遂犯・共犯とならぶ構成要件の修正形式であるという形で主張される。そもそも、予備罪は基本犯の実行行為を予定しそれに向つて発展するところの犯罪の一段階であり、基本犯の処罰に例外的に付随して処罰されるところの犯罪だ、という思考をその基礎とする。



第二の独立罪説は、予備罪は総則に法的効果についての一般規定の存する未遂犯・共犯とは異なり、各則に個別的に法的効果を規定するものであるから、基本犯たる実行行為と同じ性格を有するものではないと考えるのである。

これらに対し、第三の二分説は、予備以後の実行行為は処罰されない私戦予備罪を一方の類型とし、実行行為も処罰されるそれ以外の予備罪を他方の類型として区別し、前者は独立罪であるが、後者は犯罪の発現形態ないし構成要件の修正形式であると解して、前二説を折衷した見解である。

私戦予備罪（九三条）は、予備罪の性格を保ちつつ基本犯の構成要件から独立して処罰されるものであるから、これを独立罪として把握し、他の予備罪は、基本犯の実行行為を予定しそれに向って発展するところの犯罪の一段階であり、基本犯の処罰に例外的に付随して処罰される犯罪であるから、これらについては発現形態説が当てはまる。このように、独立罪としての予備罪と非独立罪としてのそれを分かつ標準は、予備罪が単独で処罰され、それに対応する基本犯が欠如しているかどうかという点にのみ求められ、二分説が妥当であると考えべきである。<sup>(9)</sup>

もっとも、同じ二分説でも、内乱予備罪（七八条）にあつては、その法定刑は基本犯の内乱罪（七七条）に比して必ずしも軽くなく、ほぼこれと同じ評価を受けているので、同罪もまた独立罪だとする見解<sup>(10)</sup>もないではない。しかし、このように解すると、独立罪としての予備罪と非独立罪としてのそれを分かつ標準が曖昧となるばかりでなく、既遂の目的をもって内乱予備をなした者について、後述するような予備罪の中止の成否にまつわる問題が生ずることとなって、妥当とはいひ難い。

内乱予備罪の法定刑が重いのは、その予備が内乱の遂行について本質的に重大なものに限られることを意味するに

すぎないのではなからうか。<sup>(11)</sup>

このように二分説に立脚すれば、他人予備行為、すなわち他人の実行行為のためにする準備行為が予備となるかに  
ついては、少なくとも非独立罪としての予備罪については否定しなければならぬ。非独立罪としての予備罪はすべ  
て自己自身の犯罪を既遂ならしめる目的をもってなされる実行行為の前段階であるから、そこには他人予備行為を含  
む余地はないからである。

この点、独立罪説に立脚し、行為は実行の着手を境とし、おのずから断層があり、この断層は行為主体が異なるこ  
とによる行為意思の断層よりも大きなものとされて、他人予備行為も予備罪を構成するとの主張は、正当ではなから  
う。<sup>(12)</sup>

予備行為はそれ自体としては無定型・無限定であり、予備罪の成立範囲を限定する要素を予備行為自体の中にもた  
ないのであり、予備罪の成立範囲は、予備行為を実行行為との行為意思の内的連関、すなわち基本的構成要件につい  
ての故意の存在によって、はじめて適切に限定されるのである。<sup>(13)</sup>

このことはまた、他人予備行為を是認すれば、正犯者が実行すれば、幫助となるべき性格の行為が、正犯者が実行  
しなかった場合には、他人のための予備行為として予備罪を構成することになり、基本的にまったく同じ行為が、正  
犯者による実行行為の有無という偶然的事情により、あるときは共犯とされ、あるときは予備とされることになっ  
て、体系的混乱が生ずるとの周知の批判が妥当しよう。<sup>(14)</sup>

- (1) 草野豹一郎「刑法要論」(昭和三年) 一〇〇頁、木村亀二「刑法総論」(昭和三四年) 四〇六頁、西村克彦「共犯論序説」(昭和三六年) 五九頁参照。
- (2) 宮本英脩「刑法字粹」(昭和六年) 三六〇頁以下、植田重正「刑法要説総論」(昭和二四年) 一八二頁参照。
- (3) 西原春夫「前掲書」二七一頁参照。
- (4) 東京地判昭和三九年五月三〇日下級刑集六卷五号六号六九頁。
- (5) 香川達夫「未遂罪」団藤重光編・注釈刑法(二)のⅡ(昭和四四年) 四五〇頁参照。
- (6) 小野清一郎「新訂刑法講義総論」(昭和二五年) 一七九頁以下、吉川経夫「改訂刑法総論」(昭和四七年) 二二三頁、平野竜一「中止犯」刑事法講座二卷(昭和二七年) 四一九頁参照。
- (7) 宮本英脩「前掲書」三五八頁以下、正田満三郎「予備罪について」刑法における犯罪論の批判的考察(昭和三七年) 二六頁参照。
- (8) 滝川幸辰「犯罪論序説」(昭和二七年) 一八七頁、香川達夫「中止未遂の法的性格」(昭和三八年) 一六〇頁以下、斎藤誠二「前掲書」二五九頁以下参照。
- (9) 西原春夫「前掲書」二七〇頁、同「刑法総論」(昭和四三年) 一六六頁以下参照。二分説に対しては、しばしばその区別の基準や必要性に対する批判が指摘される(内田文昭「予備罪の従犯」体系刑法事典「昭和四一年」三〇九頁)が、本文のように解すれば、その批判を回避できるであろう。
- (10) 香川達夫「前掲書」一六八頁、斎藤誠二「前掲書」二六六頁参照。
- (11) 西原春夫「前掲書」二七〇頁参照。
- (12) 正田満三郎「前掲書」三三頁、同「間接共犯と予備罪」「自己予備と他人予備」犯罪論或問(昭和四九年) 一三六一—一三七頁参照。
- (13) 前野育三「予備罪の諸問題」中山研一等編、現代刑法講座三卷(昭和五四年) 一四九頁以下参照。
- (14) 香川達夫「前掲書」四五〇頁以下参照。

### 三 予備罪の中止

特定の犯罪の予備をした者が、任意に実行開始の意図を放棄した場合、予備の中止として、中止犯の規定（四三条但書）が準用されるか否かが論議される。なぜなら、四三条但書は、「自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ……」と規定しているが、その「之ヲ止メタル」とは、同条本文との関係で、明らかに「犯罪ノ実行」をやめることを意味しているからである。また、もし四三条但書の準用がないとすれば実行着手後でさえもこれを中止すれば刑が減免されるのに、実行前の予備段階における中止には刑の減免が認められないことになり、刑の不均衡が生じ、ひとたび予備行為をなした以上、そのまま中止するよりも、実行に着手した方が有利だという不都合が生じることになる。

予備の中止については、四三条但書の準用があるか否かの問題のほか、もし準用があるとすれば、刑の減免をなすべき基準刑は既遂刑なのか予備刑なのかという問題と準用は減軽と免除の両者について認められるのか、それとも免除についてだけであるかという問題がある。以下、分説しよう。

一 四三条但書の準用の是非 予備の中止に四三条但書の準用があるか否かについては、学説は大別して三つに分かれる。

その第一は、四三条但書の準用を否定する消極説<sup>(1)</sup>であり、第二は、これを肯定する積極説<sup>(2)</sup>であり、第三は、独立罪たる予備罪の中止には準用を認め、非独立罪たる予備罪の中止にはそれを認めない二分説<sup>(3)</sup>である。

まず第一の消極説は、判例の採るところであり、かつて殺人の予備について「刑法第二〇一条ノ予備罪ハ其着手前

自己ノ意思に依リ之ヲ止メタルトキハ之ヲ罰スヘキモノニアラスト雖モ一旦同条ノ予備行為ニ著手シ其幾分ヲ為シタルトキハ其後ニ至リ仮令任意之ヲ中止シタリトスルモ同条ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス<sup>(4)</sup>と判示し、予備の中止について否定的見解を明らかにした。しかし、同伴は相手方の逃走という意外の障害により殺人の実行に着手できなかつたという事案であつたため、二〇一条但書の適用を拒否したにすぎない趣旨なのか、それとも予備罪に中止の規定を適用することを認めない趣旨なのか議論の余地もないではなかつたが、その後において最高裁は、任意的免除事由<sup>(5)</sup>を欠く強盜予備罪についても、「予備罪には中止未遂の觀念を容れる余地がないものである<sup>(6)</sup>」としたことにより、予備罪一般について中止未遂の類推適用を否定したものと解されているのである。

一部の学説は判例を肯定して次のようにいう。すなわち、予備行為は一種の挙動犯であり、いったん予備罪にあたる行為があれば、それだけで完成する性質の罪である以上、そこに中止未遂の觀念を容れる余地がない<sup>(7)</sup>。

具体的妥当性の点においても、予備罪の中止を認めた場合、実行の意図を否定しさえすれば予備罪の刑が減免されるという不都合があるほか、殺人予備罪等のように刑の免除を認めている罪と強盜予備罪等のようにそれを認めない罪のある現行法にあっては、積極説に立つと立法の趣旨を害することになる<sup>(8)</sup>。

また、四三条但書により刑の免除を受けるのは、元來予備の処罰されない軽い犯罪であつて、予備の処罰される重大な犯罪の場合にはせいぜい刑の減輕にとどめるべきであると解するならば、予備行為を中止した場合に同条の類推適用を認めなくても不均衡を生じない<sup>(9)</sup>と。いづれにせよ、中止未遂につき政策説（違法性減少説）に従えば、しいて予備の中止を認める必要がないであらう。犯罪の実行に着手し結果發生の切迫した危険がある場合には、「引き返す

ための金の橋」(die goldene Brücke zum Rückzug)をかけてでも引き返させる必要があるであろうが、予備の段階では、既遂までには距離があり、恩典を与える必要性はとぼしいからである。<sup>(10)</sup>

これに対し、第二の積極説は、今日では通説的地位を獲得しているもので、刑の不均衡の考慮に由来するものであるといつてよい。

たとえば、「予備の中止という語は誤解を生じ易いが、予備という構成要件の未遂ではなく(予備は結果を必要としないからそういうことは考えられない)、予備罪が成立した後、本来の構成要件の実行に着手しなかったばあいというのである。実行に着手した後中止しても、もはや予備は処罰されず(両者は吸収関係にあるから)、そのため刑が免除されることさえあるのに、着手前に実行を思いとどまったときは予備として処罰されるのは均衡を失する。準用を認むべきである。」<sup>(11)</sup>との指摘に、この見解が端的に示されている。

ここでは、消極説が、予備罪の「中止」を中止未遂と同様な意味として捉えているのに対し、その概念把握の違いを明確に示したうえで、中止未遂との均衡上、四三条但書の準用が主張されているのである。

責任減少説に従えば、責任の減少という点では、未遂も予備も違いはないから、中止犯の規定の準用を認めることになるう。

判例が一方で、中止犯の要件として広義の悔悟を必要としながら、他方で予備の中止を認めないのは、その意味で、若干矛盾があるようである。<sup>(12)</sup>

第三の二分説は、基本的には積極説の立場に立ちつつ、ただ予備罪が独立罪として規定されている場合には基本犯

は存在しないのだから基本犯の中止ということは考えられず、予備の中止に中止未遂の規定を類推適用しなくても、刑の不均衡の問題は生じない。

これに対し、予備罪が非独立罪として規定されている場合には、積極説のこのような不均衡の問題が生ずるから、この後者の場合にのみ四三条但書の準用を認めるべきであるとする。

以上のうち、まず消極説の立場からする積極説の批判を検討してみると、予備の中止という観念を容れる余地がないとする点に関しては、予備罪の大部分は犯罪発現形態としての実行行為の前段階としての非独立罪であるから、それについては、予備行為は開始したが任意で基本犯の実行に着手するのをやめた、という形で中止は考えられる。このような場合は四三条但書の準用を認めないとすれば、やはり不均衡の問題が生ずるといえよう。

次に立法の趣旨を害するという見解に対しては、殺人予備罪等については刑の免除の可能性を与えながら、強盗予備等についてはその恩典がないということ自体、立法政策として一貫性を欠くものであって、刑の不均衡は残る。

もっとも、この不均衡論に対しては、消極説の側からする最後の批判がある。「しかし、重大な犯罪の場合には中止しても刑の減軽にとどめるべきだというのは恣意的な解釈であって、これに対する実定法的保障はどこにもない。重大な犯罪の場合にも、場合によっては刑の免除まで認めてよいものと思う。とすれば、不均衡の問題はなお残るといわざるをえない<sup>(13)</sup>」。したがって、このような不均衡を是正するためにも予備の中止を認めることが必要である。

しかし、前述のように、予備罪の中には独立罪としてのそれが存在し、それについてはたしかに消極説のいうように中止の観念を容れる余地はない。しかも、二分説のいうように、この場合には基本犯が存在しない以上、その中止

との不均衡の問題を生じない。

このようにみてくると、積極説を基礎としつつ、独立罪としての予備罪のみにつき例外を認めた二分説が妥当といわなければならない。

二 四三条但書準用と基準刑 予備罪にも四三条但書の準用を認める場合、準用の方式が問題となる。減軽もしくは免除の基準刑は既遂刑か予備刑か、免除のみならず減軽をも準用するかという点であり、この二つの問題はかなりの程度まで重なりあっている。

既遂刑を基準とする考え方は、免除のみを認める方向に傾くが、予備刑を基準とする考え方は、免除と減軽を認めるのが通常である。

もし、未遂は既遂と同一の刑で処罰されるために中止未遂は既遂の刑を減軽もしくは免除することになるならば、一定の法定刑を具備している予備罪においては、当然に予備の刑を基準にして減軽・免除すべきであるといわなければならない。<sup>(14)</sup>このような見解は、四三条の「犯罪ノ実行」は「予備ノ実行」と読み替えることになる。<sup>(15)</sup>しかし、これは予備罪を独立罪と解することを意味し、非独立罪としての予備罪につき四三条但書の準用を認める私見とはあい入れないし、予備罪をもって構成要件の修正形式と解しつつ、基準刑を予備刑に求めるとすれば、論理的に一貫しないことになる。<sup>(16)</sup>

また、予備罪の法定刑は既遂（基本犯）の刑に照して個々のに法定減軽を加えられたものであるから、さらに中止犯による減軽を行うことは二度の法定減軽を認めることになり六八条の規定に反する、という既遂刑基準刑説からの



批判<sup>(17)</sup>が可能である。

もっとも、既遂刑基準刑説の中でも、四三条但書準用の趣旨が予備の中止は中止犯より重くしてはならないという考慮に出たものである以上、既遂刑の法定刑を減軽してもなお予備の刑より重い場合（たとえば、強盗予備の中止）は、予備の刑によるべきであるとの主張もある<sup>(18)</sup>。そしてこの見解に対しては、例外的にせよ予備の刑を基準とすることは、前述したような意味で六五条に反するとの批判がある<sup>(19)</sup>。

しかし、既遂刑基準刑説に対しても、草野博士の次の批判が可能ではなからうか。「法定減軽を認められて居る心神耗弱者が予備罪を犯したような場合にも」、六八条の「規定との調和を全うする意味に於て予備罪の刑を減軽することまで拒否せられるや否」やは疑問であり、「果して然らば、予備行為を中止した者に其の予備罪の刑を減軽したなれば、何等の不合理なことではないのではあるまいか」<sup>(20)</sup>。

刑の均衡からいっても、非独立罪としての予備罪を犯罪発現形態ないし構成要件の修正形式と解する以上、既遂刑を基準とすべきで刑の免除のみが可能であるが、予備刑が既遂刑を減刑したものよりも重い場合には、減軽をも認めるべきである<sup>(21)</sup>。

三 中止減軽と自首減軽 右のように、既遂刑を基準として刑の減免を認めるとすれば、自首減軽との関係が問題となる。

すなわち、内乱予備罪と身代金目的誘拐罪の場合は、刑政上、自首の奨励による犯罪の未遂の防止が、この種事犯の対策として好ましい措置であるため、前者については刑を免除し（八〇条）、後者にあっては刑を減軽または免除

する（二二八条、三但書）ことになっている。

そこで、これらの規定と四三条但書の準用が矛盾なく両立しうるかが問題となるからである。まず、内乱予備罪の場合である。内乱罪は特に重い犯罪であるがゆえに、自首を要件としてのみ刑を免除する趣旨であり、したがって内乱予備の中止については一般的な刑の免除は排除され、さらにこれより重い外患罪（八一条）にあっては、自首による刑の免除規定は存在しないが、同じく刑の免除を排除すると解すべきであるとの見解<sup>(22)</sup>がある。

しかし、内乱予備罪の場合、自首による刑の免除は拘束的であるが、中止犯においては減輕をするか免除をするかは選択的である。

したがって、内乱予備罪の中止に刑の免除を適用したとしても、自首者に対する免除は拘束的であるから、なお自首者に対する恩典としての意義を失わないのであり、内乱予備罪の中止において刑の免除の可能性を排除する必要性はないのではなからうか。

外患罪の場合も同様である。ただ身代金目的誘拐予備罪にあっては、実行着手前の自首について刑の減免規定<sup>(23)</sup>を<sup>(23)</sup>おいているから、結局四三条但書の場合と同じことになり、単なる注意規定であるにすぎないと解すべきであろう。

（1）植松正「再訂刑法概論Ⅰ」（昭和四九年）三三三頁以下、青柳文雄「刑法通論Ⅰ」（昭和四〇年）三四六頁以下、正田満三郎「前掲・批判的考察」三一頁等参照。消極説に共通するのは予備罪には実行行為というものがなく、基本犯の準備のために行われる行為はただちに予備罪を構成するから予備の中止はない、すなわち予備罪の「中止」を、中止未遂と同様の意味のものとして捉えている点にある。

(2) 団藤重光「刑法綱要総論(増補)」(昭和四七年)二七五頁、佐伯千仞「刑法講義(総論)改訂版」(昭和四九年)三二七頁等参照。

(3) 香川達夫「前掲・法的性格」一五二頁、斎藤誠二「前掲書」二一四頁以下、西原春夫「前掲書」二七二頁参照。  
(4) 大判大正五年五月四日刑録二二輯六八五頁。

(5) 草野豹一郎「予備行為の中止」刑事法学の諸問題二卷(昭和二七年)八頁参照。

(6) 最判(大法)昭和二年一月二〇日刑集八卷一四一頁、最判昭和二年五月一七日判例体系三〇卷一二三〇頁。

(7) 藤木英雄「前掲書」一〇九頁参照。

(8) 青柳文雄「前掲書」三四六頁以下参照。

(9) 植松正「前掲書」三三五頁参照。

(10) 平野竜一「刑法総論I」(昭和五〇年)三三八頁参照。

(11) 平野竜一「前掲・中止犯」四一八頁以下参照。

(12) 平野竜一「前掲・総論」三三八頁参照。

(13) 西原春夫「前掲・総論」一六九頁以下参照。

(14) 草野豹一郎「前掲・諸問題」六九頁、下村康正「予備行為の中止」法学新報六六卷五号(昭和三四年)三三五頁参照。

(15) 内田文昭「刑法I」(昭和五二年)二四九頁参照。

(16) 香川達夫「前掲・法的性格」一七一頁参照。

(17) 平野竜一「前掲・中止犯」四一九頁、香川達夫「前掲書」一七三頁、斎藤誠二「前掲書」四二五頁参照。

(18) 福田平「新版刑法総論」(昭和五一年)一九〇頁、大塚仁「刑法概説総論(増補版)」(昭和五〇年)一七八頁参照。

(19) 堀内捷三「予備の中止」刑法判例百選I(昭和五三年)一七一頁参照。

(20) 草野豹一郎「前掲・基本問題」五七頁参照。

(21) 同旨、前野育三「前掲書」一五九頁参照。

(22) 牧野英一「予備行為の中止」刑法研究八卷（昭和一四年）三二四頁以下参照。

(23) 前野育三「前掲書」一五九頁以下参照。なお、牧野博士は、通貨偽造予備と強盗予備の中止については、刑の免除のみを認める（牧野英一「前掲書」三二四頁）が、私見によれば、この場合も刑の減輕を適用してよい場合があることになる。

#### 四 予備罪と共犯

予備罪に対する共犯が認められるかについては、從來から争いがあった。わけでも、名古屋高裁が、正犯者自身が行えば予備罪を構成するような形態の準備行為を他人が正犯者の犯行を幫助する意思で行ったところ、正犯者が実行に着手せず予備にとどまった場合の幫助者の刑事責任について、殺人予備罪の幫助を認めず、殺人予備罪の共同正犯とし、最高裁がこれを支持するに及んで問題が紛糾し、さらにその後、大阪高裁が予備罪の従犯を肯定する見解が加って、論争は活発の度を増すことになった。

共犯独立性説の見地からは、共犯の犯罪性は共犯固有のものであるから、教唆・幫助の故意行為につき、正犯が予備にとどまってもそれはいわゆる「効果のない教唆・幫助の未遂」と呼ばれるものの一つとして、教唆・幫助の未遂として処罰される<sup>(1)</sup>。

問題は、共犯従属性説の見地から、これをどのように取り扱ったらよいのか、ということである。

次に、学説の發展を促した二つの高裁判決から検討することにしよう。

一 名古屋高裁判決と大阪高裁判決 まず昭和三十六年一月二七日の名古屋高裁判決である。

事案は、被告人は、従兄Aから、かねてより密通している女との関係が続けるため、その女の夫Bを殺害したいと殺害方法等の相談をもちかけられ、青酸カリの入手方を依頼され、Aが殺害に使用することを知りながら入手して手渡した。ところが、Aは女と共謀し、Bに睡眠薬を服用させたうえ、これを絞殺して目的を達したので、被告人の供与した青酸カリを使用しなかった、というものである。

第一審は、被告人に対する殺人予備罪の訴因については、他人予備行為も予備罪を構成するとの考え方を否定し、殺人予備の幫助という予備的訴因については有罪とした。<sup>(2)</sup>

これに対して、被告人側は予備罪の従犯の不可罰性を主張して控訴した。

第二審名古屋高裁は、次のようにいって原判決を破棄し、自判した。「予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為もまた実行行為と呼ぶことができる」として、この点に関する原判決の見解を正当としながらも、「予備罪の実行行為は無定型、無限定であり、従犯の行為もまた同様無限定、無定型である。もし予備の従犯を処罰するものとするれば、その処罰される場合が著しく拡張される危険があることは明らかである。予備罪の従犯の違法性、可罰性は、極めて低い。従って、これを処罰するについては、解釈に一任することなく明文を以って明確にすべきである。刑法七九条、爆発物取締罰則五条、四条、破壊活動防止法三八条ないし四〇条等の規定は、処罰すべき予備罪の従犯あるいはこれに類する行為を明文で規定したものであり、わが刑法は、予備罪の従犯を処罰する旨の明文の規定がない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである」として、原判決は、この点で法律の解釈を誤っている、というのである。

次に括弧の中で、原判決は、予備罪の正犯と従犯の区別を行為者の主観面においたが、行為者の意思と外部に表現された行為の形式の双方を区別の基準とすべきであり、「予備行為を組成する無限定の行為の中にも、正犯の実行行為を基本として考えれば、自らそこに主、従の差、軽重の別を設けることも可能である」から、通貨偽造準備罪のごとき場合は、法は機械、器具を準備した者が自ら通貨を偽造する意思、意図であったか否かを問わず、通貨偽造の目的で、それに必要な機械、器具を用意し整えた者をすべて、予備罪の正犯として処罰したものと解すべきであり、これに対し、通貨偽造の意思を有する者にその意図を察知して機械・原料を購入する資金を貸与した者は、その偽造を意図した者が予備段階で終わった場合に、通貨偽造の予備罪の帮助行為があったものといえる。このことは殺人予備罪についても又同様にいえるわけである。」として、本件は殺人予備罪の共同正犯と認定するとしたのである。<sup>(3)</sup>

この判決の上告申立てに対しては「殺人予備罪の共同正犯に間擬した原判決の判断は正当と認める。」として、予備の正犯と帮助との区別についての理由づけには触れず、最高裁は上告棄却の決定をした。<sup>(4)</sup>

ところが、その後の昭和三八年一月二二日の大阪高裁判決は、名古屋高裁と異なり、予備罪の従犯を肯定する判断を下した。

事案は、被告人は、Aが密出国を企てた際その情を知らながら、東京から出航地までの旅費等の資金を提供するとともに、Aに随伴して浜坂町および城崎町付近に至り、旅館その他の交渉連絡にあたって便宜を与えた、というものである。

第一審は、名古屋高裁の見解と同様の理論づけをして、密出国予備の帮助を罰する旨の特別規定はなく、また従犯

に關する一般規定たる刑法六二条に予備の幫助には適用はないとして、無罪を言い渡した。

これに對し、大阪高裁は檢察官の控訴趣意をいれて、原判決を破棄して自判し、次のように判示した。

予備罪についても共同正犯ないし正犯と從犯との區別が存在することを肯定し、予備罪もそれ自体一個の構成要件として固有の実行行為を觀念することができ、予備罪の共同正犯というのは、基本的構成要件についての共同正犯たるべきものが、正犯が予備にとどまった場合をいい、基本的構成要件につき幫助たるべきものが、正犯が予備にとどまった場合は予備罪の幫助である。

本件は後者の場合であり、予備罪の幫助は特別規定の明文のある場合にかぎらず刑法六四條の除外規定にあたらな  
い以上、同法六二條、六三條により処罰対象になると解すべきで、このように解することが、通貨偽造準備罪の幫助  
を認めた大審院判例の趣旨にもそうものである。<sup>(5)</sup>

したがって本件は、刑法六二條により密出国予備の幫助として有罪である、としたのである。右にみた二つの判例  
が対象とした事実が、いずれも自ら実行行為を行う意思のない者が、正犯者の予備行為を幫助したものである点では  
共通している。そして両高裁判決がともに、予備罪を構成要件の修正形式として実行行為性を把握する点では同じで  
あるが、そこから予備罪の從犯を考へる方法論は異なっている。

名古屋高裁は、予備罪は構成要件の修正形式ではあつても、基本的構成要件とは独立した固有の構成要件に類型化  
したものと捉え、「いわゆる修正された構成要件を充足する行為もまた実行行為と呼ぶことができる」として、予備  
構成要件の実行行為の共同正犯、從犯を考へている。

他方大阪高裁は、基本的構成要件をもとに、その前段階として予備を捉え、実行行為を「予備罪自体の構成要件上の行為ではなく、その基本的構成要件上の行為である」として、そのうえで「予備罪の共同正犯とは、基本的構成要件の共同正犯たるべき者が予備の段階にとどまった場合であり、基本的構成要件について従犯たるべき者が予備にとどまった場合は予備の従犯である」とした。

そこで、大阪高裁の見地からは、名古屋高裁のいう予備罪の共同正犯となる分野は、予備罪の従犯となり、名古屋高裁でいう明文がなければ処罰対象にならないとする予備罪の従犯の分野もまた、従犯の中にとりこむことになる。<sup>(7)</sup>

## 二 学説 両高裁判決で問題となった予備罪の従犯が成立するかという点から考察してみよう。

この問題については、第一に、予備罪の従犯は処罰されるとする積極説<sup>(8)</sup>と、第二に処罰されないとする消極説<sup>(9)</sup>と、第三に独立罪としての予備罪の従犯は処罰されるが、非独立罪としての予備罪のそれは処罰されないとする二分説<sup>(10)</sup>とが対立している。

積極説はいう。予備罪は、基本的構成要件との関係では、一つの犯罪発現形態ないし修正形式ではあるが、それ自身固有の構成要件とされているので、それぞれの実行行為を考えることができるから、六二条の「正犯」とは四三条の「犯罪ノ実行」とは違って、予備行為をする場合も含まれる<sup>(11)</sup>とか、共犯従属性の原則からいえば、正犯だけが処罰されその従犯が処罰されないのは、六四条のような明文の規定がある場合だけにきざられなければならないので、正犯が予備として処罰することができる程度の危険を発生させた以上、幫助によりこういう危険を発生させた者も、その従犯として処罰するのが共犯従属性の原則からは自然だ、等<sup>(12)</sup>ということをあげる。



まず、前者については、予備行為について六〇条以下の意味における「犯罪ノ実行」を考へることができようかの問題を検討しなければならない。積極説は、当然この問題を肯定し、予備行為もまた実行行為の中に含まれると解する。しかし、第一に、四三条にいう「犯罪ノ実行」はあきらかに予備以後の実行行為を指すから、六〇条以下についてもこれと同じように解釈しなければ、刑法上の概念の統一的理解が妨げられること、第二に、予備行為が実行行為に含まれるとなると、実行の着手をどのように解すればよいかが再び問題となり、いずれにしても、「実行行為概念の相対性」という考え方を使うことは、妥当ではない。

第三に、六一条二項、六二条二項が間接教唆および従犯の教唆につきわざわざ明文の規定を明記しているのは、共犯規定は原則として共犯の成立を実行行為にかからせている趣旨を示していること、第四に、七九条が明文をもって内乱幫助の予備を規定しているのは、予備の幫助が一般に不可罰である趣旨であることを示している。<sup>(13)</sup>

次に、予備罪の従犯の可罰性は共犯従属性説の原則的な要請であるとする後者の点である。果して、予備罪の従犯の可罰性を否定することが、著しく不都合な結果を生ずるであらうか。共犯従属性説の理論的基礎は、規範的責任論に求められるのであって、最後の瞬間まで正犯者に対して適法行為を期待することにより、従犯の違法性は幫助行為それ自体に備っているということはいえず、従犯の違法性は、その幫助行為によって現に正犯者に犯罪を実行させたという点に存する。<sup>(14)</sup>

とすれば、幫助によって正犯が予備として処罰できる程度の危険を発生させたとしても、正犯の実行がないかぎり、その従犯として処罰する必要はないのではなからうか。

予備罪は特定の犯罪につき例外的に処罰されるのであり、また、従犯は正犯よりもはるかに軽い犯罪であると観念されている。

したがって、予備の従犯という間接的な行為まで処罰の対象とすることは、「およそ悪業は罰せずにはおかない、とする権威主義的立場に立たないかぎり、妥当とはされないであろう」<sup>(15)</sup>という批判は説得力をもつといわなければならない。

このようにして、消極説の見解が基本的な妥当である。

しかし、独立罪としての予備罪は、準備行為ではあるが一個の独立した実行行為と考えられるから、これに対する従犯は成立し、結局二分説の見解を支持するのである。

右にみてきたことは、教唆、共同正犯についても同様だと考えることになる。

三 兩判例の評価 名古屋高裁判決およびこれを支持した最高裁決定は、殺人予備罪の共同正犯を肯定した。

ところが、通常理解によれば、共同正犯とは、「正犯の共同」ということのできるものであるから、その判断には、他人の殺人行為のための準備行為も殺人の予備行為にあたる、という考え方が前提とされている。

「予備は実行正犯の直接的前段階」ではなく、予備の教唆、幫助、共同正犯もいずれも「正犯の実現に志向する独立の行為」であるから、そのような独立性をもつ予備行為としての評価を受ける、つまり予備の教唆、幫助ではなく、これらはただの予備罪であるとする見解から、他人予備行為も予備行為であるとする考え方に賛成する立場がある。

しかし、このように予備罪を独立犯的に理解する見解は、予備罪の処罰を無限定に拡張する可能性をはらんでおり、また大阪高裁判決のように、特別法上の密出国予備について、予備の従犯を全面的に処罰の対象とする立場は、そのいずれも私見が採らないものであることは、右にみてきたことから、明らかであろう。

- (1) 木村亀二「犯罪論の新構造(下)」(昭和四三年)三七三頁以下。しかし、効果のない教唆・幫助の未遂自体を認めることに問題がある。詳しくは拙稿「教唆の未遂」東洋法学一二巻四号(昭和四三年)一二六頁以下参照。
- (2) 名古屋地判昭和三六年四月二八日下刑集三、四号三七八頁。
- (3) 高裁判集一六卷一一号一五二二頁。
- (4) 昭和三七年一月八日刑集六卷一一号五二二頁。
- (5) 大判大正五年二月二一日刑録二二巻一九二五頁。
- (6) 高裁判集一六卷二二号一七七頁。
- (6) 後述のように、最高裁決定は、他人準備行為も予備行為にあたることを判断の前提としているが、その理由は明らかではなく、第二審の名古屋高裁も、他人の通貨偽造のために準備する行為も一五三条にあたる、「このことは、殺人予備についても」同じだ、としているだけである。
- (7) 判例は、その後、さらに原料を買い入れる金員の貸与につき、通貨偽造準備罪の幫助の成立を認めた(大判昭和四年二月一九日刑集八巻八四頁)が、名古屋高裁判決のように予備罪の幫助の処罰を明文のあるときにかぎるとすれば、まさに大阪高裁判決の指摘するように、昭和四年の事案は処罰の対象とならないことになり、他方、大阪高裁の見解からは、大正五年の判例をどう考えていたかが疑問となるのである。
- (8) 通説である。平野竜一「前掲・総論」三五〇頁以下、青柳文雄「前掲書」三四七頁以下等参照。
- (9) 植松正「前掲書」三八三頁、大塚仁「前掲書」一七八頁以下、莊子邦雄「刑法総論」(昭和四四年)七二五頁等参照。

- (10) 香川達夫「前掲・注釈」四五三頁以下、西原春夫「前掲書」二七三頁以下。なお、福田教授は、通貨偽造準備罪だけを独立罪である予備罪と解し、二分説に立脚される(福田平「前掲書」一九〇頁参照)。
- (11) 下村康正「予備罪の従犯」現代の共犯理論(昭和三九年)三一六頁参照。
- (12) 平野竜一「前掲・総論Ⅱ」三五一頁参照。
- (13) 西原春夫「前掲書」二七三頁参照。
- (14) 西原春夫「前掲書」三二八頁参照。
- (15) 前野育三「前掲書」一五四頁参照。
- (16) 正田満三郎「前掲・或問」一三六頁以下、同「間接共犯(間接教唆犯及び間接幫助犯)と予備罪」法曹時報一五卷一号(昭和三八年)二六頁以下。なお、井上博士は、予備罪の従犯を処罰することは理論的に可能であり、これを否定することは、望ましい結論であるとしても、間接幫助の可罰性を認めてきた従来の判例の傾向からすれば、予備罪の従犯は処罰すべきであるとし、結論的に名古屋高裁判決の原案たる名古屋地裁判決を支持される(井上正治「予備罪の従犯」判例評論四七号〔昭和三七年〕一頁以下参照)。